

**PROCESSO** - A.I. Nº 206955.0030/03-2  
**RECORRENTE** - POSTO DE COMBUSTÍVEIS SETE PORTAS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0059-04/04  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 26.07.04

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0193-11/04

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **b)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em face da Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em tela para exigir o crédito tributário de ICMS decorrente das seguintes infrações:

1. Multa no valor de R\$ 50,00, referente à operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, relativo ao ano de 2002.
2. Multa no valor de R\$ 50,00, operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, relativo ao ano de 2003.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$348,59, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado e aberto, relativo aos anos de 2001 e 2003.

4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$60,74, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado e aberto, relativos aos anos de 2001 e 2003.

Sustenta a Decisão da 4ª JF, ora recorrida:

- inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade à cobrança do imposto, ressalta que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.
- em relação à nulidade suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, pois o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, é um livro fiscal que se encontra devidamente previsto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 6.284/97, em seu art. 314, inciso V.
- ao adquirir mercadorias sem nota fiscal, o recorrente torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.
- os levantamentos realizados foram baseados nos registros feitos pelo próprio recorrente, assim os valores consignados serviram de base para o trabalho de auditoria realizado pela autuante. Ademais o recorrente simplesmente alegou, sem apresentar qualquer elemento probante.
- face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque no exercício de 2003 (infrações 3 e 4) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:
  - a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
  - b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).
- quanto às Infrações 01 e 02, a mesma Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- a Decisão recorrida não apreciou fatos e atos importantes que desaguaram na lavratura do Auto de Infração;

- a nulidade da Decisão por cerceamento do direito e omissão em analisar a questão da aplicação da legislação que dar amparo a realização de aferições, não havendo a cobrança de novo imposto, sem a existência de fato imponible;
- não houve fato ensejador de circulação de mercadorias, bem como não se poderia deixar de reconhecer a possibilidade de realização de aferições, na conformidade da legislação do INMETRO (Portaria nº 23/85), não existindo assim o fato imponible para a incidência do ICMS;
- a Junta de Julgamento Fiscal teria que tomar como base a legislação do petróleo e o próprio LMC indica as aferições, todavia não havia, como não há, a possibilidade de emissão de nota fiscal das operações de aferição, já que não existe circulação de mercadorias;
- é injustificável e ilegal o pagamento do imposto e multa que seria de responsabilidade da distribuidora;
- a manutenção do auto é ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco.

Ao final, requer a Improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS sugeriu que os autos fossem remetidos a ASTEC para que esclarecesse se os registros de aferição eram feitos no LMC durante o período autuado e, em caso positivo, fossem juntadas ao PAF cópias desses registros, bem como a apresentação de cálculo com base nestes.

Na assentada de julgamento esta Câmara indeferiu pedido de diligência e determinou que os autos retornassem a representante da PGE/PROFIS para elaboração de Parecer.

A representante da PGE/PROFIS entendeu que o recorrente não trouxe aos autos elementos que justifiquem a reforma da Decisão.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## **VOTO**

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade da Decisão suscitada pelo recorrente, tendo em vista a inexistência de omissão desta. Deveras, a Decisão encontra-se fundamentada na legislação do ICMS em vigor.

No mérito, verifico também que não assiste razão ao recorrente.

Isto porque, ficou comprovado nos autos, através da Auditoria de Estoque, que o recorrente adquiriu mercadorias sem nota fiscal. Em razão disso, torna-se o responsável pelo recolhimento do imposto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Ademais, por se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Quanto às infrações 1 e 2, a mesma Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Neste contexto, entendo que as infrações 1, 2, 3 e 4 estão claramente caracterizadas e, por conseguinte, devem subsistir.

Por fim, cumpre ressaltar que a alegação do recorrente, de que a diferença apontada no levantamento quantitativo é decorrente das aferições de combustíveis, também não procede, uma vez que nas cópias dos livros de controle de combustível (LMC) acostadas aos autos não há qualquer registro de combustível a título de aferição.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206955.0030/03-2**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS SETE PORTAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$409,33**, acrescido das multas de 70% sobre R\$348,59 e 60% sobre R\$60,74, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além da multa no valor **R\$100,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS